



## **Urteil vom 1. November 2017**

---

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),  
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Hans Urech;  
Gerichtsschreiber David Roth.

---

Parteien

**Verein Y.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Bundesamt für Sozialversicherungen BSV,**  
Geschäftsfeld Familie, Generationen und Gesellschaft,  
Effingerstrasse 20, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Finanzhilfe für familienergänzende Kinderbetreuung.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Eingabe vom 9. März 2015 reichte der Verein Y.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) beim Bundesamt für Sozialversicherungen (nachfolgend: Vorinstanz) ein Gesuch um Gewährung von Finanzhilfen für Kindertagesstätten ein.

**B.**

Am 18. Februar 2016 lehnte die Vorinstanz das Gesuch ab. Zur Begründung führte sie aus, Finanzhilfen würden entsprechend den einschlägigen Gesetzesbestimmungen in erster Linie neuen Institutionen gewährt. Eine bestehende Kindertagesstätte, die unter neuer Trägerschaft weitergeführt oder neu eröffnet werde, gelte nicht als neue Institution. Es habe bereits eine Kinderkrippe A.\_\_\_\_\_ bestanden, die durch die Trägerschaft X.\_\_\_\_\_ GmbH geführt worden sei. Gesellschafterin und Vorsitzende der Geschäftsführung sei Frau E.\_\_\_\_\_ gewesen. Laut Aussage von Frau E.\_\_\_\_\_ sei die Kinderkrippe A.\_\_\_\_\_ per Ende Februar 2015 wegen Problemen mit der Verwaltung und den Räumlichkeiten geschlossen worden. Ferner seien im Jahr 2013 im selben Quartier drei grössere Tagesheimketten eröffnet worden. Infolge dieser Konkurrenz habe die Kinderkrippe A.\_\_\_\_\_ nicht mehr floriert. Nach Gründung des Vereins Y.\_\_\_\_\_ im November 2014 sei die Trägerschaft X.\_\_\_\_\_ GmbH per 13. März 2015 aufgelöst worden. Der Verein führe nun seit März 2015 die Kinderbetreuung B.\_\_\_\_\_. Die Vorinstanz bemerkte weiter, ein Grossteil des bisherigen Personals und der betreuten Kinder der Kinderkrippe A.\_\_\_\_\_ habe in die Kinderbetreuung B.\_\_\_\_\_ gewechselt. Bei der Kinderbetreuung B.\_\_\_\_\_ handle es sich somit nicht um die Eröffnung einer neuen, sondern vielmehr um die Weiterführung der bestehenden Kindertagesstätte A.\_\_\_\_\_ unter neuem Namen in neuen Räumlichkeiten. Die Weiterführung eines bestehenden Angebots könne jedoch nicht mit Finanzhilfen unterstützt werden. Fraglich sei darüber hinaus, ob das Gesuch rechtzeitig vor Eröffnung der Kindertagesstätte eingereicht worden sei.

**C.**

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer mit Poststempel vom 11. April 2016 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht mit dem sinngemässen Rechtsbegehren, die Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben. Der Beschwerdeführer begründet seine Beschwerde im Wesentlichen damit, dass er keine Weiterführung der X.\_\_\_\_\_ GmbH sei. Gemäss SHAB vom 20. März 2015 sei die X.\_\_\_\_\_ GmbH per 13. März

2015 aufgelöst worden. Die Begründung für die Ablehnung sei in sich widersprüchlich. Der Betrieb der Kinderbetreuung B.\_\_\_\_\_ sei nicht am 2. März 2015, sondern erst am 17. März 2015 aufgenommen worden, weswegen das Gesuch rechtzeitig eingereicht worden sei. Das Gesuch würde auch die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 14. Juli 2016 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie ergänzend aus, die Auflösung der X.\_\_\_\_\_ GmbH respektive die Gründung des Vereins Y.\_\_\_\_\_ würden nicht bestritten. Hingegen liege ein Wechsel in der Trägerschaft vor. Es sei weiter nicht nachgewiesen, dass die Eröffnung tatsächlich erst Mitte März 2015 stattgefunden habe.

**E.**

Mit Replik vom 14. September 2016 hielt der Beschwerdeführer an seinem Rechtsbegehren fest. Im Sommer 2014 sei die Entscheidung getroffen worden, die X.\_\_\_\_\_ GmbH aufzulösen. Frau F.\_\_\_\_\_ habe im November 2014 Frau E.\_\_\_\_\_ mit der Idee einer neuen Kinderbetreuung vertraut gemacht. Es sei Frau F.\_\_\_\_\_ gelungen, ideale Räumlichkeiten zu finden. Frau E.\_\_\_\_\_ habe als ehemalige Vorsitzende der Geschäftsführung der GmbH kein Anrecht auf Arbeitslosentaggelder gehabt, infolgedessen eine neue Stelle für sie existentiell notwendig gewesen sei. Die Gründung des Vereins sei erfolgt, da es sich hierbei laut Empfehlung um die geeignetere Form für die Führung einer Kindertagesstätte handele. Der Betrieb sei am 17. März 2015 aufgenommen worden; der Beschwerdeführer editierte die Bewilligungsverfügung des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt für die Kinderbetreuung B.\_\_\_\_\_ mit Datum vom 16. März 2015.

**F.**

Mit Duplik vom 17. Oktober 2016 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest.

**G.**

Auf die weiteren urteilserheblichen Vorbringen der Parteien und eingereichten Akten wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

#### **1.1**

Der Entscheid der Vorinstanz vom 18. Februar 2016 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen der Departemente und Dienststellen der Bundesverwaltung (Art. 33 Bst. d VGG). Zu diesen gehört auch die Vorinstanz, welche für den Entscheid über Gesuche für Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung zuständig ist (Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung [BG FFKB, SR 861]). Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Damit ist das Bundesverwaltungsgericht für die Prüfung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **1.2**

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressat der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 37 VGG). Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG), auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **2.**

#### **2.1**

Nach Art. 1 Abs. 1 BG FFKB richtet der Bund im Rahmen der bewilligten Kredite Finanzhilfen zur Schaffung familienergänzender Betreuungsplätze für Kinder aus, damit die Eltern Familie und Arbeit oder Ausbildung besser vereinbaren können. Die Finanzhilfen können an Kindertagesstätten, Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung von Kindern bis zum Ende der obligatorischen Schulzeit und Strukturen für die Koordination der Betreuung in Tagesfamilien ausgerichtet werden (Art. 2 Abs. 1 BG FFKB). Die Finanzhilfen werden in erster Linie für neue Institutionen gewährt. Sie können indessen auch für bestehende Institutionen gewährt werden, die ihr Angebot wesentlich erhöhen (Art. 2 Abs. 2 BG FFKB).

## **2.2**

Streitig ist gegenständlich, ob der Beschwerdeführer Träger einer neuen Institution im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BG FFKB ist, die grundsätzlich beitragsberechtigt wäre, oder hingegen einer bestehenden Institution (ohne wesentliche Erhöhung des Angebots), die nicht von Finanzhilfen profitieren kann. Vorab ist derweil die rechtliche Natur der Gesuche um Finanzhilfen für familienergänzende Betreuung zu erläutern.

## **3.**

### **3.1**

Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1) sind Finanzhilfen geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten. Der Subventionsbegriff findet Anwendung im ganzen Bereich des Bundesrechts. Finanzhilfen sind Teil der Leistungsverwaltung, bei welcher der Staat leistet, ohne dass der Subventionsempfänger aufgrund eines Rechtssatzes zu einer Verhaltensweise verpflichtet wäre (vgl. FABIAN MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, Basel 2006, S. 24 ff., insb. S. 25 f. und 32, mit Hinweisen).

### **3.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Beitragsanspruch zu bejahen, wenn das Bundesrecht selber die Bedingungen umschreibt, unter welchen Leistungen zu gewähren sind, ohne dass es im Ermessen der Gesetzesanwendenden Behörde läge, ob sie einen Beitrag gewähren will (Anspruchssubventionen; BGE 118 V 16 E. 3a, mit Hinweisen). Hingegen besteht bei Beiträgen, deren Ausrichtung im Ermessen der Behörden liegen (Ermessenssubventionen), kein Anspruch auf Subventionen (vgl. BARBARA SCHAERER, Subventionen des Bundes, Chur/Zürich 1992 S. 173 ff. und 201 f. sowie FABIAN MÖLLER, a.a.O., S. 43 f.).

### **3.3**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 BG FFKB richtet der Bund Finanzhilfen im Rahmen der bewilligten Kredite aus. Hierbei handelt es sich um typische Ermessenssubventionen, hinsichtlich welcher kein Anspruch besteht und deren Zusprache im Ermessen der Vorinstanz liegt, soweit die Voraussetzungen der eingereichten Projekte gemäss Art. 3 BG FFKB gegeben sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.95/2004 vom 18. Februar 2004). Der Vor-

instanz wird dadurch ein Spielraum für den Entscheid im Einzelfall eingeräumt. Dies bedeutet aber nicht, dass sie in ihrer Entscheidung völlig frei ist. Sie hat innerhalb ihres Entscheidungsspielraums unter Berücksichtigung der Rechtsgrundsätze der Ermessensausübung die zweckmässigste Lösung zu treffen. Sie ist dabei an die Verfassung gebunden und hat insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip zu befolgen. Die öffentlichen Interessen sind zu wahren und Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung zu beachten, namentlich die das betreffende Gebiet beherrschenden Rechtsgrundsätze. Der Entscheid darf ferner nicht willkürlich sein (Urteile des BVGer B-4145/2016 vom 3. März 2017 E. 3.3, C-976/2013 vom 8. Juli 2014 E. 4 und C-3778/2010 vom 4. Juli 2012 E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 409, mit Hinweisen).

#### **4.**

##### **4.1**

Was eine neue Institution im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BG FFKB ist, wird im Gesetz nicht näher umschrieben. Art. 2 Abs. 4 der Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung vom 9. Dezember 2002 (VO FFKB, SR 861.1) bestimmt lediglich im Sinne einer Negativformulierung, dass eine bestehende Kindertagesstätte, die unter neuer Trägerschaft weitergeführt oder neu eröffnet wird, nicht als neue Institution gilt (vgl. auch der inhaltlich deckungsgleiche Art. 5 Abs. 4 VO FFKB betreffend Finanzhilfen an Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung).

##### **4.2**

Ausgangspunkt jeder Normauslegung bildet der Wortlaut. Ist der Text – wie vorliegend – unklar respektive sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Das Bundesgericht hat sich nämlich bei der Auslegung stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 133 V 9 E. 3.1, BGE 131 II 703 E. 4.1). Auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts steht gemäss bundesgerichtlicher Praxis die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund, weil es um die Erfüllung von Staatsaufgaben geht, die ihren besonderen Zweck haben (s. BGE 128 I 34 E. 3b). Namentlich bei der Anwendung jüngerer Normen ist die historische – neben der geltungszeitlichen – Auslegung bedeutsam (s. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 25 Rz. 5, mit Hinweisen).

### 4.3

Für die Auslegung von Art. 2 Abs. 2 BG FFKB ergeben sich indes aus den Materialien keine Anhaltspunkte (s. Urteile des BVGer B-3544/2015 vom 9. Dezember 2016 E. 5.1.1, C-976/2013 vom 8. Juli 2014 E. 6.1, C-591/2010 vom 23. Mai 2012 E. 8.1 und C-6397/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 2.3.3): Sowohl im Bericht der zuständigen Kommission des Nationalrates als auch in der entsprechenden Stellungnahme des Bundesrates wird nicht darauf eingegangen, was unter einer "neuen Institution" zu verstehen ist (Parlamentarische Initiative [00.403] Anstossfinanzierung für familienergänzende Betreuungsplätze; Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 22. Februar 2002, BBI 2002 4219 ff. [nachfolgend: Bericht SGK-N]; Stellungnahme des Bundesrates vom 27. März 2002, BBI 2002 4262 ff.). Auch in den parlamentarischen Beratungen gab die entsprechende Bestimmung zu keinen Diskussionen Anlass.

### 4.4

Erklärter Zweck des BG FFKB besteht in der Erhöhung der Anzahl von Betreuungsplätzen (Bericht SGK-N, 4231). Das Impulsprogramm soll einen Anstoss zur Schaffung von Betreuungsplätzen geben (vgl. Art. 1 BG FFKB) und bei der Finanzierung ansetzen; viele Projekte kommen gar nicht zustande oder scheitern aus finanziellen Gründen. Die Schaffung vieler Betreuungsplätze allein genügt jedoch nicht; die geschaffenen Plätze müssen auch nach Wegfall der Bundeshilfen weiter bestehen können (Bericht SGK-N, 4229; Urteile des BVGer B-3544/2015 vom 9. Dezember 2016 E. 5.1.1, B-2482/2013 vom 10. April 2015 E. 5.1, C-976/2013 vom 8. Juli 2014 E. 6.1, C-3778/2010 vom 4. Juli 2012 E. 4.1, C-591/2010 vom 23. Mai 2012 E. 8.2 und C-6397/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 2.3.5; s.a. Urteil des BVGer B-4145/2016 vom 3. März 2017 E. 4.4).

### 4.5

Art. 2 Abs. 2 BG FFKB i.V.m. Art. 2 Abs. 4 VO FFKB will einerseits sicherstellen, dass in erster Linie Neugründungen von einer finanziellen Starthilfe des Bundes profitieren können, um die Anzahl von Betreuungsplätzen insgesamt zu erhöhen, und andererseits nach seinem offensichtlichen Zweck verhindern, dass Finanzhilfen von Institutionen faktisch mehrfach und über die gesetzlich vorgesehene Maximaldauer von drei Jahren hinaus (Art. 5 Abs. 4 BG FFKB) in Anspruch genommen werden. Art. 2 Abs. 4 VO FFKB betreffend Finanzhilfen an Kindertagesstätten erweist sich insofern als gesetzmässig, indem Institutionen, die rechtlich (z.B. durch Übernahme des Betriebs durch eine neue Trägerschaft) oder faktisch weitergeführt werden,

von Subventionen ausgeschlossen werden, zumal sie keine Anschubfinanzierung mehr benötigen (Urteil des BVGer C-976/2013 vom 8. Juli 2014 E. 6.2, mit Verweis auf Urteile des BVGer C-591/2010 vom 23. Mai 2012 E. 8.2 und C-6397/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 2.3.6; vgl. Urteil des BVGer B-2482/2013 vom 10. April 2015 E. 5.1 zu Art. 5 Abs. 4 VO FFKB).

#### **4.6**

Die bundesverwaltungsgerichtliche Kasuistik zum Begriff der Weiterführung schliesst betreffend Finanzhilfen an Kindertagesstätten (vgl. Art. 2 ff. VO FFKB) einerseits Betriebseröffnungen von der Anschubfinanzierung aus, welche mehr oder weniger nahtlos auf einer früheren Kindertagesstätte-Struktur (Lokalität, Infrastruktur) anknüpfen bzw. aufbauen, beispielsweise durch Kauf oder etwa Fusion. Danach bedeutet „Weiterführen“ eine Übernahme oder eine Neugründung basierend auf wesentlichen Elementen der vormaligen Institution (z.B. der Infrastruktur, des Personals, der leitenden Person bzw. Eigentümerin), wie dies beispielsweise im Falle einer Überschuldung bzw. eines Konkurses geschehen kann, wenn dieselben Personen hinter einer Neugründung stehen (Urteile des BVGer B-3544/2015 vom 9. Dezember 2016 E. 5.1.1, C-591/2010 vom 23. Mai 2012 E. 8.3 und C-6397/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 2.3.6). Sie lässt andererseits nicht genügen, wenn eine zeitlich und inhaltlich erweiterte Betreuung durch einen neuen Träger in denselben, wenn auch ausgebauten Räumlichkeiten stattfindet sowie das Angebot für dieselbe Benutzergruppe besteht (Urteil des BVGer C-3778/2010 vom 4. Juli 2012 E. 4.1 ff.). Weiter hat das Bundesverwaltungsgericht betreffend Finanzhilfen an Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung (vgl. Art. 5 ff. VO FFKB) festgehalten, dass eine Weiterführung vorliegt, wenn der neue Träger hauptsächlich Anteilseigner des früheren Trägers war, diesen während seiner Trägerschaft in bedeutendem Umfang finanziell unterstützte sowie Gesellschafter und Angestellte des alten sowie neuen Trägers eng übereinstimmen (Urteil des BVGer B-3544/2015 vom 9. Dezember 2016 E. 5.2). Schliesslich sprechen für eine Weiterführung, wenn – trotz Personalwechsel, neuen Räumlichkeiten und Preisfestlegungen – der neue Träger wiederum bereits als bedeutender finanzieller Förderer des alten Trägers aufgetreten war sowie einen starken Einfluss auf seine wesentlichen betrieblichen Aspekte genommen hatte (Urteil des BVGer B-2482/2013 vom 10. April 2015 E. 5.2 f.).

#### 4.7

Andererseits stellt keine Weiterführung im Sinne von Art. 2 Abs. 4 VO FFKB und demzufolge eine neue Institution dar, wenn eine Kindertagesstätte ganz oder für gewisse Altersklassen aufgelöst bzw. aufgegeben wird, und andere Personen dies nutzen, um ein eigenes, vom bisherigen Betrieb völlig unabhängiges Angebot zu gründen. Der Aufwand einer derartigen vollständigen Neugründung unter Anmietung neuer Räumlichkeiten, wie im fraglichen Fall dem Einholen einer Baubewilligung, dem Ankauf von Mobiliar, der Anstellung und Schulung neuen Personals usw. ist im Unterschied zu einer Betriebsübernahme oder dergleichen ungleich grösser, weshalb sich eine andere Beurteilung rechtfertigt (Urteil des BVGer C-6397/2010 vom 24. Oktober 2011 E. 2.3.6). Weiter kann auf eine Weiterführung nicht alleine deshalb geschlossen werden, weil der neue Träger dieselbe Immobilie mietet, umso weniger bei verhältnismässig hohen Umbaukosten und neuer Mobiliarananschaffung. Wiederum spricht ein Wechsel der Geschäftsleitung sowie des übrigen Personals für eine neue Institution, desgleichen die Absicht der alten Trägerschaft im Zeitpunkt der Gründung der neuen Kindertagesstätte, die bestehende Kindertagesstätte weiterzuführen. Soweit die alte Trägerschaft ihre Kindertagesstätte in Folge einstellt und die Betreuungsplätze nicht ersetzt werden, ist bei der neuen Kindertagesstätte von der Schaffung neuer Betreuungsplätze auszugehen (Urteil des BVGer C-591/2010 vom 23. Mai 2012 E. 9.1 f.). Hingegen stellt der Umzug in eine neue Immobilie einschliesslich Umbau- und Mobiliarkosten eine Weiterführung dar, wenn bei entsprechendem pädagogischen Konzept die Gesellschafter des alten und neuen Trägers hauptsächlich übereinstimmen, die betreuten Kinder gegenständlich im Umfang von 24 zu insgesamt 36 sowie namentlich die Geschäftsleitung wie teilweise das übrige Personal identisch bleiben (Urteil des BVGer C-976/2013 vom 8. Juli 2014 E. 7.1.2).

### 5.

#### 5.1

Die Neuheit einer Institution im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BG FFKB ist demzufolge nach der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zweckgerichtet anhand der Trägerschaft, dem Personal, dem Betreuungsangebot, der Lokalität und Infrastruktur sowie ihren Benutzern zu beurteilen. Während die ersteren Kriterien hauptsächlich die Angebotsseite betreffen, stellt letzteres vorrangig auf eine nachfrageseitige Betrachtung des Unternehmens ab.

## 5.2

Die tatsächlichen Feststellungen sind zwischen den Parteien weitgehend unstrittig: Es hat ein Wechsel in der Trägerschaft insofern stattgefunden, als nunmehr der Verein Y. \_\_\_\_\_ anstelle der X. \_\_\_\_\_ GmbH als Träger der Kindertagesstätte fungiert. Frau E. \_\_\_\_\_ bekleidet das Amt der Präsidentin des Vereinsvorstandes, während Frau F. \_\_\_\_\_ dessen Vizepräsidentin stellt; Frau E. \_\_\_\_\_ war zuvor bereits Gesellschafterin der GmbH. Weiter waren Frau E. \_\_\_\_\_ und Frau F. \_\_\_\_\_ sowie zwei Mitarbeiterinnen bereits bei der Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ tätig und zugleich im Zeitpunkt der Gesuchstellung die einzigen Mitarbeiter der Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_. Auch das Betreuungsangebot ist soweit ersichtlich entsprechend: Die Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_ verfügt über eine Bewilligung zur Betreuung von Kindern im Alter von drei Monaten bis sieben Jahren mit zwanzig Plätzen; die Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ bot nach Angaben des Beschwerdeführers maximal 18 Plätze mit einem Kundenstamm von durchschnittlich 16 bis 23 Familien. Während die Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ an der (Strasse, Hausnummer), (Postleitzahl) Basel domiziliert war, befindet sich die Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_ an der (Strasse, Hausnummer), (Postleitzahl) Basel. Hinsichtlich der Benutzer der Kindertagesstätten betreute die Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ nach Angaben des Beschwerdeführers Ende 2014 bei 935 Belegprozenten 17 Kinder; bei Eröffnung der Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_ Mitte März 2015 konnten sieben Kinder zu 320 Belegprozenten übernommen werden, wovon allerdings zwei Kinder bloss übergangsweise bis Ende März sowie weitere zwei Kinder bis zum Eintritt in den Kindergarten im Sommer 2015 blieben; es verblieben im September 2015 noch drei von der Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ übernommene Kinder bei 140 Belegprozenten.

## 5.3

Zwischen den beiden Kindertagesstätten bestehen demnach vornehmlich angebotsseitige Übereinstimmungen, welche eine Weiterführung und mithin keine neue Institution im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BG FFKB i.V.m. Art. 2 Abs. 4 VO FFKB nahelegen können: Trotz Wechsel in der Trägerschaft befindet sich namentlich Frau E. \_\_\_\_\_ weiterhin in leitender Position. Die Mitarbeiterinnen waren allesamt bereits bei der Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ beschäftigt. Das Betreuungsangebot erscheint deckungsgleich. Dagegen ist zu konstatieren, dass zwischen den beiden in der Grossstadt Basel gelegenen Kindertagesstätten eine Distanz von ungefähr drei Kilometern liegt. Es erfolgte mithin – wie auch der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren sinngemäss geltend gemacht hat – ein Quartierwechsel.

Letzteres zeitigt nun freilich Folgen hinsichtlich der angebotsseitigen Ausrichtung gleich wie der spiegelseitigen Nachfrage: Gerichtsnotorisch ist insofern, dass der geografische Einzugskreis einer Kindertagesstätte durch die Distanz bedingt ist, welche deren Benutzer von ihrem Wohnort zurückzulegen haben. Es wird vorzugsweise eine näher gelegene Kindertagesstätte frequentiert, und gerade in Grossstädten wie Basel mit hoher Bevölkerungs- und augenscheinlich korrelierender Kindertagesstätten-Dichte ist der Einzugsbereich entsprechend beschränkt. Diese generellen Überlegungen decken sich vorliegend mit den tatsächlichen Gegebenheiten: Zwischen Ende Dezember 2014 und Ende Februar 2015 verzeichnete die Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ insgesamt zehn Abgänge. Es ist anzunehmen, dass besagte Abgänge in bedeutendem Umfang schliessungsbedingt waren; Zugänge waren keine mehr zu verzeichnen. Bei vier der sieben „Mitzügler“ fungierte die Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_ als blosse Übergangslösung, lediglich drei konnten auch ein halbes Jahr nach der Eröffnung noch zu den Benutzern gezählt werden. Von einer Übernahme eines Grossteils der betreuten Kinder der Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ kann mithin nicht die Rede sein. Dies legt insgesamt nahe, dass sich die Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_ an einen anderen Nachfragerkreis richtet oder zumindest die Nachfrage der ehemaligen Benutzer der Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ nicht mehr zu bedienen vermochte.

#### 5.4

Die dargestellten Wechsel in Benutzerausrichtung und Nachfrage sprechen mithin gegen eine Weiterführung im Sinne von Art. 2 Abs. 4 VO FFKB. Die personellen Identitäten hinsichtlich Trägerschaft und Mitarbeit in der Kindertagesstätte sowie das entsprechende Betreuungsangebot vermögen daran gegenständlich im Ergebnis nichts zu ändern: Es kann im Rahmen einer – gebotenen (vgl. E. 4 hiervor) – zweckgerichteten Betrachtung nicht Normsinn von Art. 2 Abs. 2 BG FFKB sein, Kindertagesstätten von einer finanziellen Starthilfe des Bundes ergebnisweise auszuschliessen, welche bereits zuvor in Kindertagesstätten tägige und insofern erfahrene Mitarbeitende beschäftigen respektive deren Träger von entsprechenden Personen geführt werden. Dies schliesst eine Prüfung von Gesuchen durch die Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt, ob die geschaffenen Plätze auch nach Wegfall der Bundeshilfen voraussichtlich weiter bestehen können, freilich keineswegs aus. Das Kriterium der personellen Identität ist demzufolge bei der Beurteilung der Neuheit einer Institution wohl bedeutsam (s. die zitierte Rechtsprechung in E. 4.6 f. hiervor), es kommt ihm hier indes keine entscheidende Bedeutung zu, sondern vielmehr bei der eigentlichen Förderungswürdigkeit des Gesuchs. Relevant ist nämlich nicht, ob

die involvierten Personen bereits in Kindertagesstätten tätig waren, sondern ob sie mutmasslich Gewähr bieten, die neue Institution erfolgreich zu führen (vgl. E. 4.4 hiervor).

### 5.5

Das entsprechende Betreuungsangebot kann für sich genommen ebenso wenig wesentliches Kriterium für eine Qualifikation als Weiterführung sein, zumal die Betreuung von Kindern im Alter von drei Monaten bis sieben Jahren typische Leistungen einer Kindertagesstätte sind und weiter die Zahl angebotener Plätze von Faktoren wie verfügbarer Infrastruktur, Personal, Bedarf und nicht zuletzt der behördlichen Bewilligung abhängen. Bedeutsam erscheint vielmehr, dass durch den Wechsel in Benutzerausrichtung und Nachfrage im ehemaligen Einzugskreis der Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ Betreuungsplätze eingestellt sowie nicht ersetzt wurden; hingegen wurden mit der Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_ in deren Einzugskreis neue Betreuungsplätze geschaffen.

### 5.6

Eine abwägungsweise Gesamtbetrachtung der angebots- und nachfrage-seitigen Kriterien lässt folglich erkennen, dass es sich vorliegend um eine neue Institution im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BG FFKB handelt. Die Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_ knüpft nicht nahtlos an die Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ an; es liegt kein „reiner“ Umzug vor. Die Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ wurde aus infrastrukturellen Gründen sowie aufgrund der gewachsenen Konkurrenz in ihrem Einzugsbereich geschlossen. Der Beschwerdeführer eröffnete eine neue Kindertagesstätte, welche sich an einen anderen geografischen Benutzerkreis richtet und die Nachfrage der ehemaligen Benutzer der Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ nicht mehr zu befriedigen vermag. Er setzt sich damit anderen geschäftlichen Chancen und Risiken aus als sie für die Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ gegolten haben. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer von der Vorinstanz unwidersprochen geltend gemacht, dass die Kinderkrippe A. \_\_\_\_\_ selbstfinanziert war und demzufolge keine Unterstützungsgelder nach BG FFKB erhalten hatte. In der Schliessung des nicht-unterstützten Betriebs aus dargelegten Gründen sowie der vorliegenden Neugründung kann insofern auch keine Umgehung von Art. 5 Abs. 4 BG FFKB gesehen werden.

### 6.

Die angefochtene Verfügung erweist sich demzufolge insofern als rechtsfehlerhaft, als das Gesuch des Beschwerdeführers aufgrund fehlender Neuheit abgewiesen wurde. Die angefochtene Verfügung vom 18. Februar

2016 ist aufzuheben, und die Sache ist an die Vorinstanz zu einem neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen. Dies verbunden mit dem Hinweis, dass der Beschwerdeführer mit der Edition der Bewilligungsverfügung des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt für die Kinderbetreuung B. \_\_\_\_\_ mit Datum vom 16. März 2015 eine Eröffnung nach der Gesuchstellung am 9. März 2015 glaubhaft nachgewiesen hat, und dass ohne gegenteilige Hinweise für eine frühere unbewilligte Eröffnung von der Rechtzeitigkeit der Gesuchstellung auszugehen ist.

**7.**

Der Beschwerdeführer gilt entsprechend dem Verfahrensausgang als ob-siegende Partei, weshalb ihm keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'500.– ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

**8.**

Der Beschwerdeführer hat sich vor Bundesverwaltungsgericht nicht vertreten lassen und keine derartigen Kosten geltend gemacht; ebenso wenig handelt es sich vorliegend um eine komplexe Streitsache, welche den Rahmen dessen überschreitet, was üblicher- und zumutbarerweise unternommen wird (vgl. BGE 125 II 518 E. 5; WEISSENBARGER/HIRZEL, in: Praxis-kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 VGKE N. 5, mit Hinweisen). Dem Beschwerdeführer ist folglich praxismässig keine Partei- oder Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

**9.**

Gemäss Art. 83 Bst. k des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) ist die Beschwerde an das Bundesgericht ausgeschlossen gegen Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht. Die vorliegend in Frage stehenden Finanzhilfen stellen Ermessenssubventionen dar (s. E. 3 hiervor). Das vorliegende Urteil ist dementsprechend mit seiner Eröffnung endgültig.

(Dispositiv auf nächster Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung vom 18. Februar 2016 wird aufgehoben, und die Sache wird an die Vorinstanz zu einer neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird dem Beschwerdeführer auf ein von ihm zu bezeichnendes Konto zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Partei- oder Umtriebsentschädigung ausgerichtet.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben; Beilagen zurück; Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. (...); Einschreiben; Vorakten zurück).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

David Roth

Versand: 6. November 2017